

LA DESHUMANIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO

El refugio en las formas y el activismo judicial como un intento de protección del sujeto puesto de cara a la guerra

MARÍA DEL PILAR DUPLAT M.¹

RESUMEN

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2010
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2010

Nos hemos hundido en un mundo de formas, nos olvidamos que el propósito de la ley es proteger al individuo de los posibles abusos de poder de otros individuos ya sea por sus características personales o por su posición como representante de las instituciones. Los Derechos Humanos protegen al sujeto en lo más íntimo de su ser, en especial de los abusos del Estado como tal en su posición dominante, de ahí la importancia de los Sistemas de Derechos Humanos que hacen prevalecer la humanidad en cualquier circunstancia. No podemos olvidarnos que es en la guerra donde los individuos son más frágiles y más propensos a ser olvidados en su humanidad. No puede dejar de protegerse a las personas por el hecho de encontrarse en conflicto armado. Las formas no pueden volverse la excusa para olvidarse de lo humano.

Palabras clave: Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Conflicto Armado, Vacíos Procesales en DIH, Humanización del conflicto.

ABSTRACT

We've sunk in a world of forms, we have forgotten that the purpose of law is to protect individuals from the possible abuses of power of other individuals, whether it is for their personal characteristics

1 Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Sexto semestre.

or because of their position as representatives of the institutions. The Human Rights protect the subject in the most intimate of their being, especially from the abuses of the State in its domain position, from there the importance of Human Rights Systems that make humanity prevail in any circumstance. We can't forget that individuals are more fragile in war and also more susceptible to be forgotten in their humanity. People can't stop being protected because they are involved in an armed conflict. Forms can't become an excuse to forget the humane.

Key words: Human Rights, International Humanitarian Law, Inter-American Human Rights System, Armed Conflict, Procedural voids in IHL, Humanization of conflict.

... No se puede invocar la necesidad del orden para imponer voluntades, cualesquiera que ellas sean. Pues así se toma el problema por el revés. No hay que exigir únicamente el orden para gobernar bien; es preciso gobernar bien para que se realice el único orden que tenga sentido. No es el orden el que refuerza a la justicia; es la justicia, es la justicia la que da su certeza al orden².

INTRODUCCIÓN

Se ha venido fortaleciendo un sistema jurídico internacional con el ánimo de evitar abusos de poder de los Estados, no sólo contra sus ciudadanos sino frente a otros Estados. Es claro que aún falta mucho por recorrer en los desarrollos legislativos transfronterizos, pues permanecemos con una concepción de un sistema cerrado y blindado donde el Estado es la institución suprema a la cual nada trasciende³. Nos olvidamos del sujeto individualizado por anteponer siempre las necesidades colectivas, pasamos por sus garantías mínimas como sujeto para preservar las instituciones que muchas veces llegan a abusar de su poder más que a estar al servicio de los sujetos, siendo esto último el verdadero propósito del Estado, servir a los individuos.

2 CAMUS, Albert. *Obras Completas. Moral y Política II*. Traducción: Julio Lago Alonso. México: Aguilar. (1962) P. 329.

3 Frente a este punto se entiende que el Estado pretende blindarse como entidad suprema, de este modo puede verse el proceso evolutivo de las nociones de Estado bajo las doctrinas del contractualismo donde esencialmente el poder del Estado consiste en una legitimación proveniente de la decisión libre y autónoma de los ciudadanos de delegar en una autoridad suprema y superior la capacidad de dirigir la vida de los ciudadanos preservando la mayor libertad posible de los individuos, pero a la vez limitándola y estableciendo normas mínimas para la convivencia pacífica y armónica de los ciudadanos.

Los individuos al legitimar al Estado como único sujeto con monopolio de la fuerza y del poder público están sujetos a su autoridad y por ello se entiende que no hay nada más allá del Estado.

Lo que la doctrina se resiste aún a admitir es la persistencia en la realidad de la vida internacional de una concepción de la soberanía que en ciertos aspectos, contradice la suya⁴.

Ahora bien, bajo este entendido de protección del sujeto como individuo surgieron los sistemas de derechos humanos con un ánimo protector del individuo frente a los posibles abusos del Estado, sin embargo estos sistemas no son sólo respecto a los individuos, pues si bien deben ser protegidos, las guerras más grandes y peligrosas no son de los individuos ante el Estado o viceversa sino entre Estados mismos y sujetos colectivos sin personería jurídica internacional como los grupos armados y el conflicto armado en general que constantemente victimizan a lo que la ley⁵ humanitaria ha denominado personas protegidas.

Es una vana idea de utopistas y bellas almas esperar mucho todavía de la humanidad, cuando se haya olvidado de hacer la guerra. Entretanto, no conocemos otro medio que pueda dar a los pueblos fatigados esa ruda energía del campo de batalla, ese profundo odio impersonal, esa sangre fría en el que mata unida a buena conciencia, ese ardor común por el aniquilamiento del enemigo, esa audaz indiferencia por las grandes pérdidas, por la propia vida y la de las personas que se ama, ese quebrantamiento sordo de las almas comparable a los terremotos, con tanta fuerza y seguridad como los produce toda gran guerra: los arroyos y los torrentes que se muestran entonces corriendo, es verdad, sobre lechos de piedras y de fango de todas clases y arruinando los prados del cultivo más delicado, ponen en seguida en movimiento las ruedas de los talleres del espíritu, que vuelven a girar con fuerza nueva⁶.

En este proyecto de investigación buscamos hacer un recorrido sobre las formas de responsabilidad colectiva de grupos armados frente a violaciones no sólo de DDHH sino también de DIH de forma muy particular en los conflictos interestatales y la carencia de mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos sustanciales que el derecho internacional da a los sujetos como lo son los Estados.

Un buen sistema jurídico, un sistema eficaz no puede concebirse sin los mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos sustanciales que la ley prescribe, por eso este proyecto de investigación pretende formular interrogantes frente a varias fallas que se perciben del sistema de derecho internacional humanitario y eventualmente formular una propuesta.

4 VISSHER, Charles de. *Teorías y realidades en derecho internacional público*. Bosch: Barcelona. (1962) P. 108.

5 A lo largo del texto se hablará de ley en sentido genérico como se entiende en el diario vivir, es decir, como derecho. No debe asumirse la acepción ley en un sentido estricto de técnica jurídica.

6 NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano*. Traducido por: Alfredo Muñoz Brotons. España, Madrid: Ediciones Akal. (2007) Aforismo 477.

Sin embargo, parece haber un problema más grave y es que, a pesar de existir mecanismos procesales para ejecutar las garantías mínimas en temas de DDHH, no parece suceder lo mismo con el DIH. Algunos argumentan que el DIH es un subsistema de DDHH y por ello son competentes los tribunales permanentes de los sistemas regionales y el sistema universal de DDHH, sin embargo esto no parece ser satisfactorio frente a los asuntos del derecho internacional humanitario, pues él mismo abarca mucho más que el ámbito de los derechos humanos aún estando en relación directa con ellos. Al respecto la Corte Interamericana se pronunció en la sentencia del 4 de febrero de excepciones preliminares del caso de “Las Palmeras contra Colombia” estableciendo que:

Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. Esta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y *no con los Convenios de Ginebra de 1949*.⁷

Esto resulta importante para la administración de justicia en la medida que los sistemas internacionales cumplen un papel crucial en el desarrollo y el desenlace del conflicto armado pues este no es un asunto que se circunscriba únicamente a un territorio sino que sus efectos van más allá de las fronteras porque el conflicto no conoce límites. En esta medida es necesario hacer una propuesta y un análisis sobre fallas fundamentales en el sistema internacional en temas de derecho internacional humanitario con el objetivo de mostrar los puntos clave sobre los que se podría trabajar para tratar de blindar a la comunidad internacional y en especial a las víctimas de los reiterados abusos que constantemente quedan en la impunidad.

ALGUNAS FALLAS IDENTIFICADAS EN EL SISTEMA

Cabe aclarar que cada una de las problemáticas aquí planteadas se tratarán de forma aislada por la extensión de la temática y la especificidad de cada tema, por eso, en esta primera parte del proyecto de investigación nos concentraremos en el tema de los sistemas de DDHH y DIH, para contextualizar problemáticas más profundas y complejas y finalizar con una reflexión y hasta el planteamiento de una propuesta.

7 Caso Palmeras contra Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67. Párrafo 33.

SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En la eterna discusión sobre los derechos de los individuos, ya sea si estos son inherentes a su naturaleza o sean producto de instituciones jurídicas, surgen sistemas jurídicos de protección del sujeto ya no atados al ordenamiento interno del Estado dejando al sujeto a merced de las autoridades institucionales, sino a nivel internacional buscando otorgar una protección integral que cobija a los individuos no sólo de abusos de otros sujetos sino particularmente del Estado.

Como es característico de todo sistema jurídico existen no sólo unos derechos sustanciales consagrados en el derecho internacional sino también, en teoría, unos mecanismos procesales para hacerlos eficaces. Por esto debe establecerse qué tipo de relación existe entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Han existido múltiples teorías sobre si el derecho internacional humanitario (DIH) está contenido dentro de los derechos humanos (DDHH), otros dicen que los derechos humanos y el DIH son un solo sistema, algunos dicen que son dos sistemas completamente ajenos entre sí⁸. Sin embargo nosotros nos guiamos más por la vía intermedia donde se entiende que si bien hay elementos autónomos de cada sistema hay puntos donde estos se interconectan y se encuentran íntimamente relacionados entre sí en la medida de que no se puede entender que exista a una violación a DDHH cuando en el conflicto armado se obra de acuerdo al DIH.

Ciertamente la conexión entre los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario es estrecha, pues ambas ramas del Derecho Internacional tienen por objeto la protección de la persona humana⁹.

Claro está que, como se dijo anteriormente, estos sistemas son esencialmente diferentes, pues el DIH se encuentra en un contexto muy particular y los sujetos implicados, en especial los sujetos activos de las violaciones son calificados; mientras que en el contexto de las violaciones a DDHH no exigen un sujeto activo calificado y en esta medida cualquiera puede responder por este tipo de acciones, claro está que en la práctica dentro de los sistemas internacionales de protección de DDHH este sujeto activo normalmente es el Estado y el pasivo es el individuo.

8 Para profundizar sobre este punto puede verse desarrollos de las diversas teorías desde Jean Pictet hasta A.H Robertson que se encuentran relacionadas en el texto de PEDRO PABLO CAMARGO "Derecho Internacional Humanitario" citado en la bibliografía.

9 CAMARGO DE LA TORRE, PEDRO PABLO. *Derecho internacional humanitario*. Bogotá: Editorial Leyer. (2008) P. 74.

Sin embargo, dentro del sistema internacional se entiende que estas normas se predicen del Estado en beneficio de los individuos quienes, por su posición de indefensión ante el monopolio de la fuerza del Estado, necesitan de la existencia de sistemas superiores a los sistemas internos, que trasciendan fronteras y no obedezcan a asuntos de política interna para hacer eficaces sus mínimos derechos y garantías.

Esta definición ampliada parecería distanciar los objetivos del DIH de los propósitos básicos perseguidos a través de los derechos humanos. La reglamentación de los métodos y medios de hacer la guerra poco tienen que ver con los objetivos primarios perseguidos por los derechos humanos. Sin embargo, la limitación del uso de la fuerza durante los conflictos armados tiende a racionalizar su empleo restringiendo la potencial generación de sufrimientos innecesarios¹⁰.

De este modo empezaremos nuestro análisis de las fallas en el sistema de derechos humanos y DIH en el sistema internacional mirando cada uno de estos aspectos de forma individualizada.

1. Sistemas de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano

Es de común conocimiento que en el sistema jurídico internacional en virtud de la soberanía de los Estados rige como principio fundante el principio de consentimiento donde son los mismos sujetos de derecho internacional los que crean las normas sustanciales que les son aplicables y las competencias de órganos y tribunales ya sean permanentes o no para hacer valer el sistema jurídico que ha sido creado, bien sea que este surja como producto de tratados internacionales o de costumbres, siendo estas las principales fuentes del derecho internacional.

No es dable a ningún órgano internacional exigir a un Estado más de lo que él se ha obligado. Por ello en los sistemas de derechos humanos surgen múltiples conflictos, en especial de competencia de las cortes sobre todo en temas de derecho internacional humanitario.

En el sistema interamericano el tratado fundamental que otorga competencia a la Corte Interamericana de DDHH y la Comisión Interamericana de DDHH es la Convención Americana de DDHH en su sección tercera estipula la competencia contenciosa de la Comisión. En este sentido miraremos el aspecto de la competencia de acuerdo a la materia en la Comisión Interamericana y la Corte

10 VINUESA, RAÚL EMILIO. *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad*. En: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLJ8>. (1998)

Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto los artículos 44¹¹ y 45¹² estipulan los casos en los que la Comisión puede examinar denuncias individuales respecto a ciertos asuntos, en especial los derechos consagrados en la Convención y en los tratados de Derechos Humanos que el Estado haya ratificado.

A la luz del enunciado textual del tratado que los Estados sólo se obligan a respetar los derechos consagrados en él y en los posteriores tratados que se ratifiquen **sobre Derechos Humanos** y que admitan u otorguen la competencia de forma expresa a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), mediante una declaración.

Frente a este punto el DIH se entiende como *lex specialis* que se aplica por encima de las leyes generales, en esta medida, cuando se habla del derecho de ginebra se reconoce que los sujetos implicados se encuentran en un contexto de conflicto armado regulado y limitado por el derecho internacional. De esta manera, cuando se obra conforme a los presupuestos del DIH no puede decirse que hubo violación alguna en DDHH, al menos en lo que respecta al conflicto; puede hablarse de una eventual reparación a cargo del Estado, pero esto es producto de su deber como ente legítimo con el monopolio de la fuerza por afectar los bienes y las vidas de los civiles o personas protegidas por causa del conflicto.

Bajo los presupuestos anteriores el estricto cumplimiento del DIH excluye la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, sin embargo y a contrario sensu, el incumplimiento de las normas de DIH puede acarrear una responsabilidad en materia de DDHH. En este sentido, este segundo escenario es el que nos ocupa, pues al darse una violación de alguna norma de DIH que involucre personas protegidas

11 Artículo 44 CADH: *Cualquier persona o grupo de personas*, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, **puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención** por un Estado parte. (Resaltado por fuera del texto)

12 Artículo 45 CADH

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en **violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención**.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente **artículo sólo se pueden admitir y examinar** si son presentadas por un **Estado parte** que haya hecho una **declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión**. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.
4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

lleva consigo temas de responsabilidad en Derechos Humanos, pero al no tener competencia la Comisión Interamericana para revisar asuntos relacionados con el derecho de ginebra no podría evaluar las violaciones de Derechos Humanos sin antes poder determinar si en realidad hubo una transgresión a nivel de disposiciones de DIH.

Surge la duda frente al artículo 3 común¹³ de los convenios de ginebra, pues se ha llegado a sostener incluso que es una norma de ius cogens y que por tocar temas fundamentales del sujeto puede ser revisado por la Comisión Interamericana. De acuerdo al artículo 33¹⁴ y los artículos 44 y 45 de la CADH la competencia de la Corte y la Comisión interamericana se limita sólo a violaciones de ese tratado, como ya se ha dicho repetidamente.

En este sentido la Corte Interamericana ha establecido anteriormente esta limitación de su competencia en razón de la materia en la opinión consultiva OC-1 del 24 de septiembre de 1982 basada en el ART 33 de la CADH, en donde sostuvo que:

13 Artículo 3 común Convenios de Ginebra- Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

14 *Artículo 33*

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

El hecho de que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos deban observar de buena fe los Convenios de Ginebra y ajustar su legislación interna al cumplimiento de esos instrumentos no le confiere competencia a la Comisión para deducir responsabilidad del Estado con base en ellos.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana el 4 de febrero de 2000 en el caso de Las Palmeras contra Colombia donde estableció que:

Si bien la Comisión Interamericana tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, *debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención* (cfr. artículos 33, 44, 48.1 y 48). Se exceptúan de esta regla, los casos en que otra Convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer de violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. (Pár. 34)

Jurisprudencia que fue reiterada el 25 de noviembre de 2000 en el caso Bámaca Velázquez contra Guatemala cuando sostuvo que:

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado, en el Caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana. (Pár. 209)

Bajo este entendido se entiende el vacío que hay frente a la protección de Derechos Humanos en casos de violaciones de normas de DIH, pues no parece existir un tribunal permanente que pueda conocer de estas violaciones por lo que la administración de justicia en estos casos se queda corta, por falta de mecanismos procesales que hagan valer los derechos que la ley internacional le otorga a los individuos e incluso a los Estados.

2. Derecho Internacional Humanitario en el Sistema Interamericano

Como se ha sostenido reiteradamente el DIH opera como un sistema en íntima relación con los Derechos Humanos, sin embargo es autónomo e independiente de los desarrollos legales y los tribunales permanentes constituidos para la protección

de DDHH, pues por esencia el DIH es ley especial que aplica en el contexto del conflicto armado y los sujetos que involucra son calificados.

2.1. Sistemas de Derechos Humanos administrando justicia en temas de Derecho Internacional Humanitario

Como ya se estipuló anteriormente las normas de DIH son normas especiales que tienen un desarrollo autónomo en los convenios de Ginebra y el Derecho de la Haya, pues estas surgen y se aplican en situaciones de conflicto armado; mientras que los Derechos Humanos se aplican en todo momento y no en circunstancias especiales y específicas y tienen su regulación y aplicación en los sistemas de Derechos Humanos en la comunidad internacional.

En esta medida la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana, como ya se argumentó extensamente en el punto anterior, se queda corta en los asuntos de DIH y por ello no existe un Organismo Internacional que como tal administre justicia en estos temas.

Se habla de Organizaciones como el Comité Internacional de la Cruz Roja, las Organizaciones no Gubernamentales, La Comisión Internacional de Juristas, Human Rights Watch y Amnistía Internacional¹⁵ que como tal no constituyen per sé sujetos (en sentido estricto) de Derecho Internacional.

2.2. Discrecionalidad judicial en materia de Derechos Humanos en casos de conflicto armado

Con estas dudas y amplios vacíos en la ley internacional surge la clásica duda: ¿hasta dónde puede o debe ir el juez al aplicar el derecho para garantizar los derechos de las partes sin extralimitarse en las atribuciones que le son conferidas por la ley en virtud del principio de consentimiento en materia internacional?

Frente al tema siempre ha habido discusiones, bien sea que se defienda la idea de que el juez como un mero operador judicial es la boca de la ley, o el otro extremo en que se defiende la idea del juez como un casi sociólogo que moderniza la ley aplicándola de acuerdo a los contextos y realidades en que se dan los casos particulares por los vacíos que la ley misma deja por la imposibilidad del lenguaje de cubrirlo todo y del paso del tiempo que transforma realidades.

15 Datos conseguidos de: CAMARGO, PEDRO PABLO. *Derecho Internacional Humanitario*. (2008)

Pues bien, frente a las circunstancias y el evidente vacío legal que existe frente a la aplicación de la ley internacional humanitaria en el sistema internacional de Derechos Humanos debe establecerse si conviene adoptar una posición restrictiva frente a la actividad del juez o si resulta más apropiado concebir la idea de una posición más activa del juez para lograr unos efectos más duraderos y eficaces en la práctica y no simplemente variaciones formales.

El derecho internacional es un sistema muy particular, pues fundamentalmente los sujetos, los destinatarios de las normas jurídicas son los mismos que las crean, bien sea en virtud de prácticas reiteradas (costumbre), o en virtud de acuerdos escritos (tratados). Como regla general en la creación de normas jurídicas a nivel internacional rige el principio del consentimiento en virtud de la soberanía de los Estados. Esto significa que los Estados sólo se pueden obligar a lo que autoricen en los Tratados Internacionales y sólo tienen competencia los tribunales que hayan sido autorizados por el Estado para conocer de cierto tipo de controversias (las que autorice).

En este sentido consideramos que el papel del juez es de vital importancia y debe ir mucho más allá de la simple aplicación textual de la ley, pues las palabras no son suficientes para cubrir realidades y muchas veces resultan ambiguas en su aplicación. Sin embargo tampoco estamos del otro extremo que apoya un activismo judicial donde el juez prácticamente puede desconocer la ley y fallar de acuerdo a sus criterios personales y convicciones individuales. Esto lo expresa muy bien Habermas en su texto “Teoría de la acción comunicativa” al decir:

La racionalidad inmanente a la práctica comunicativa abarca un espectro más amplio. Remite a diversas formas de argumentación como a otras tantas posibilidades de proseguir la acción comunicativa con medios reflexivos¹⁶.

Por todo lo expuesto consideramos que si bien el juez no puede limitarse a ser un simple operador jurídico que al plantearse unos hechos A, B y C él decida de acuerdo a los preceptos y normas jurídicas que esto equivale a D sin considerar nada distinto a lo que la ley predica, pues ante todo el juez está en el deber de considerar las circunstancias que rodean los hechos y hacer ponderaciones para lograr una real administración de justicia no sólo formal sino principalmente material.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

No le es legítimo al juez internacional pasar por encima del principio de consentimiento y extender más allá de lo acordado la Convención Americana de Derechos Humanos

16 HABERMAS, JÜRGEN. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus: Madrid. (1989) Pp. 26-27.

decretando la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de normas sobre las cuales el Estado no otorgó competencia ni a la Corte ni a la Comisión.

Los tribunales internacionales de los sistemas regionales de Derechos Humanos han venido sosteniendo una tesis que bien podría ser una vía intermedia en este tipo de casos donde se sostiene que si bien es cierto que no puede aplicarse directamente en los fallos del Sistema de Derechos Humanos el Derecho Internacional Humanitario, puede usarse estas normas como criterio interpretativo a la hora de proferir fallos en temas de Derechos Humanos.

El sistema de Derechos Humanos se concibe como una forma de protección al individuo y no resulta lógico que en las situaciones de conflicto armado se excluya la competencia de los tribunales internacionales para proteger al individuo. Sin embargo una modificación a la Convención Americana de Derechos Humanos o la inscripción de un instrumento que otorgue la competencia a la Comisión y la Corte Interamericana para conocer de estas situaciones resulta contrario a los derechos mismos de los individuos porque algunos Estados podrían reservarse este derecho de admitir la competencia de los mencionados tribunales¹⁷.

Tímidamente se ha señalado en la comunidad internacional a nivel de la Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional y los Sistemas Regionales de DDHH que las normas sobre la limitación de la guerra y la salvaguarda a los sujetos que la ley penal ha llamado personas protegidas son normas no sólo producto de tratados como los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales sino que incluso llegan a ser Costumbre Internacional, por ello no eximen a los Estados de su cumplimiento y podrían ser incluso un mecanismo de aplicación a la hora de proferir una decisión a nivel de Derechos Humanos.

Los Estados no pueden excusarse de cumplir sus deberes en las guerras y tampoco pueden dejar desprotegidos a los individuos en materia de Derechos Humanos. La Corte y la Comisión Interamericana carecen de absoluta competencia para fallar en materia de DIH, sin embargo esto no puede desplazar a la competencia que tienen estos organismos de conocer los asuntos tocantes con DDHH porque implica dejar de lado las garantías mínimas de los individuos en los casos donde se encuentran en un mayor nivel de fragilidad e indefensión por los efectos devastadores que la guerra produce en la sociedad.

17 No debe entenderse en este punto tribunal en un sentido estricto frente a lo que se refiere frente a la Comisión Interamericana, se habla en un sentido genérico frente a los órganos que componen el Sistema Interamericana de DDHH.

Nos olvidamos de las caras, de los sujetos, del individuo como tal puesto de frente en la guerra, de los efectos devastadores que esta produce no sólo en las víctimas sino en la sociedad en general. Los tecnicismos no pueden volverse el refugio para olvidarse del verdadero y fundamental objeto de todas estas regulaciones: Las personas, la humanización de la guerra en Pro de los individuos. Pero tampoco podemos olvidarnos que las regulaciones existen para poner límites y la protección del individuo no puede volverse la excusa para olvidarse que el derecho se instituyó para protegernos del salvajismo humano y de la ley de la venganza por la propia mano.

BIBLIOGRAFÍA

- BROOMHALL, BRUCE. *International justice and the International Criminal Court : between sovereignty and the rule of law*. Oxford; New York: Oxford University Press. (2004)
- CAMARGO DE LA TORRE, PEDRO PABLO. *Derecho internacional humanitario*. Bogotá: Editorial Leyer. (2008)
- CAMUS, ALBERT. *Obras Completas: Moral y Política II*. Traducción: JULIO LAGO ALONSO. México: Aguilar. (1962)
- DÍAZ MARTÍNEZ, ANTOLIN. *Derecho internacional humanitario*. En: Manual de derecho internacional público, privado, humanitario. SantaFe: Bogotá. (1977)
- DOSWALD-BECK, LOUISE. *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. en: International Review of the Red Cross. En: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLDN>. (1997)
- EL ZEIDY, MOHAMED M. *The principle of complementarity in international criminal law origin, development, and practice*. Leiden; Boston, Massachusetts: Martinus Nijhoff Publishers. (2008)
- FERDINANDUSSE, WARD N. *Direct application of international criminal law in national courts*. The Hague : TMC Asser Press ; West Nyack, New York: Cambridge University Press. (2006)
- FIERRO, GUILLERMO JULIO. *Ley penal y derecho internacional doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera*. Buenos Aires: Editorial Astrea. (2008)
- HABERMAS, JÜRGEN. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus: Madrid. (1989)
- KENNEDY, DUNCAN. *Libertad y restricción en la decisión judicial el debate con la teoría crítica del derecho*. Santa Fe de Bogotá : Siglo del Hombre. (1999)
- NIETZSCHE, FRIEDRICH. *Humano demasiado humano*. Traducido por: ALFREDO MUÑOZ BROTONS. España, Madrid: Ediciones Akal. (2007)

- OLIVEROS, MARTHA N. *El terrorismo y la responsabilidad internacional del Estado*. Buenos Aires: Depalma. (1988)
- REYDAMS, LUC. *Universal jurisdiction international and municipal legal perspectives*. Oxford; New York: Oxford University Press. (2004)
- THOMAS, ANN VAN WYNEN. *La no intervención sus normas y su significado en las Américas*. Buenos Aires: La Ley. (1959)
- VIADA, NATACHA G. *Derecho penal y globalización cooperación penal internacional*. Madrid, España; Buenos Aires: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. (2009)
- VINUESA, RAÚL EMILIO. 1998. *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad*. En: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLJ8>. (1998)
- VISSHER, CHARLES DE. *Teorías y realidades en derecho internacional público*. Bosch: Barcelona. (1962)

JURISPRUDENCIA

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70
- Caso Palmeras contra Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.
- Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982 De la Corte Interamericana de DDHH.